

O Consentimento e a Informação nos Cuidados Médicos

Fernanda G. Galhego Martins¹

Resumo

Esse estudo analisa a dinâmica da relação médico-paciente e o enquadramento do consentimento informado no direito brasileiro, avaliando criticamente a capacidade dos mecanismos jurídicos atuais salvaguardarem a autodeterminação individual.

Palavras-chave: Relação médico-paciente; autonomia; consentimento informado.

Abstract

This study analyses the dynamics of the doctor-patient relationship and the framework of the informed consent in Brazilian law, critically assessing the ability of legal mechanisms to guarantee individual self-determination.

Keywords: Medical doctor-patient relationship; autonomy; informed consent.

Introdução

O presente ensaio pretende tecer algumas considerações sobre o papel do indivíduo sob cuidados nas decisões concernentes às intervenções e aos tratamentos médicos afetos à sua própria saúde. As reflexões que se apresentam partem da ideia da superação do paternalismo médico, não para reproduzir a realidade da evolução social, mas sim para transmitir o enquadramento temático necessário à análise crítica das soluções jurídicas vislumbradas pelo ordenamento brasileiro para amparar a figura do «consentimento informado» e proteger o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde.

A relação médico-paciente

A evolução da relação médico-paciente de um esquema vertical, onde o princípio da beneficência era seguido sem que fosse considerada a opinião do indivíduo sob cuidados, visto como um desvalido², para um horizontal, no

¹ Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, investigadora bolsista do CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, Brasil – Doutorado Pleno no Exterior), com Pós-Graduação em Direito da Farmácia e do Medicamento pelo Instituto de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra e em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho, Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e Advogada.

² PEREIRA, 2004, p.: 29.

Nesse novo cenário, o “triunfo da autonomia sobre a velha medicina hipocrática de orientação paternalista”¹⁰⁻¹¹ denota o respeito que se deve ter

³ Para a evolução da relação cf. NEVES, 2001.

⁵ RAPOSO, 1992, p.: 06.

⁶ RETUERTO BUADES / SISO MARTÍN, 2001, pág.: 799 (livre tradução).

⁷ RODRIGUES, 2001, pág.: 17.

⁸ *“Si reteneva, in un passato non molto lontano, che quando il paziente aveva necessità di ricorrere al medico implicitamente si rimetteva a tutte le sue decisioni sugli accertamenti ritenuti più idonei sul piano diagnostico e sui trattamenti ritenuti più appropriati; il paziente cioè assumeva un ruolo passivo e la figura del medico si rivestiva di una funzione paternalistica con facoltà di disporre e decidere a suo giudizio nell’interesse, (da lui) ritenuto, dello stesso paziente. Quello che andava fatto, a prescindere dai reali interessi del paziente, lo decideva solo il medico dall’altro del suo giudizio professionale.”* (BILANCETTI, 2001, p.: 528).

⁹ A autoridade teórica transmite ‘as diretivas de natureza técnica’, determinando, assim, através da ‘apelação a conclusões científicas e a convicções bem fundamentadas’, o caminho mais adequado para proceder caso se deseje alcançar um fim determinado – por exemplo, que a ‘saúde se reestabeleça’ (LAPORTA SANMIGUEL, 2010, pág.: 22, cujas as expressões foram livremente traduzidas).

¹⁰ CANCIO MELIÁ, 2012, p.: 103.

¹¹ A expressão «paternalismo médico» traduz a situação em que o bem do paciente apenas é conhecido pelo médico, tendo este o poder de decidir o que considera melhor para o paciente (BARBOSA, 2004, p.: 7), denotando a adoção prevalente do princípio da beneficência, segundo a qual o paciente deveria confiar no médico com uma atitude de «tranquila passividade» (NEVES, 2001, p.: 11). Nas palavras de Tom Beauchamp e James Childress, «*el paternalismo es la desautorización intencionada de las preferencias o acciones conocidas de una persona, donde la persona que las autoriza justifica su acción con el propósito de beneficiar a o evitar el daño a la persona cuya voluntad está desautorizando*» (BEAUCHAMP / CHILDRESS, 2002, p.: 260).

pela dignidade da pessoa “sentida e expressa pelo corpo humano como suporte biológico da existência”¹² e o derradeiro apelo a esses dois incindíveis princípios¹³ reclama que o indivíduo sob cuidados seja tratado como um sujeito portador de um valor absoluto¹⁴. Logo, já não é possível encará-lo como um mero objeto do tratamento, mas sim como uma pessoa com direito a ser ouvida¹⁵, o que gera a necessidade de uma postura médica orientada a facultar ao paciente os elementos para que este, conhecendo e compreendendo os dados referentes à sua própria situação, possa exercer o seu poder de decisão¹⁶.

A Mudança de Paradigma

O reconhecimento do paciente enquanto indivíduo capaz e dotado de direitos e valores próprios possibilitou o abandono de uma posição passiva de submissão às decisões do profissional de saúde. Ao longo do tempo, “o nascimento da teoria dos direitos fundamentais e o reconhecimento da autonomia dos cidadãos modificou a relação terapêutica e temperou o princípio da beneficência”¹⁷, conferindo progressivamente as condições básicas para construção de uma relação mais equilibrada com a consideração do indivíduo sob cuidados como um centro de decisão.

No plano internacional, uma série de instrumentos refletem parte dessa evolução. Numa enumeração meramente exemplificativa, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948; a Declaração de Helsinki sobre os Princípios Éticos Aplicáveis às Investigações Médicas em Seres Humanos, adotada em 1964 pela Associação Médica Mundial e sucessivamente revisada / alterada em Tóquio (1975), Veneza (1983), Hong-Kong (1989), Sommerset West (1996), Edimburgo (2000), Washington (2002), Tóquio (2004), Seul (2008) e Fortaleza (2013); a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da UNESCO, em 11 de Novembro de 1997; a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos adotada pela Conferência Geral da UNESCO, em 16 de Outubro de 2003; a Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente, adotada pela 34ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Lisboa, Portugal, setembro/outubro de 1981 e emendada pela 47ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Bali, Indonésia, em Setembro de 1995; a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano no que toca à Aplicação da Biologia e da Medicina, em Oviedo (1997/ 1999)¹⁸, com os seus Protocolos adicionais; a

¹² JOAQUIM, 2000, p.: 22.

¹³ MIRANDA / MEDEIROS, 2005, p.: 57.

¹⁴ MELO, 2007, p.: 74.

¹⁵ PEREIRA, 2015, p. 377.

¹⁶ RODRIGUES, 2001, p. 17.

¹⁷ OLIVEIRA, 1995, p.: 103.

¹⁸ Adotada e aberta à assinatura em Oviedo (1997) e com entrada em vigor na ordem internacional em Dezembro de 1999.

Particularmente no que tange ao contexto clínico²³, a norma civilista em evidência dá um significativo passo ao consagrar que «ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica». No entanto, a redação conferida ao dispositivo legal acaba por deixar de fora do seu âmbito de aplicação uma série de situações (em que não haja risco de vida) devidamente antevistas pelas disposições deontológicas anteriormente mencionadas.

²³ Aqui, opta-se por empregar o mesmo conceito de contexto clínico utilizado por Francisco J. Laporta SanMiguel, o qual diz respeito às “situações *standards* da relação médico-paciente”, triviais e cotidianas (LAPORTA SAN MIGUEL, 2010, p.: 20, em livre tradução).

No panorama deontológico, as regras previstas pela própria classe médica vão mais além na tentativa de conferir algum equilíbrio à relação médico-paciente e, dentro dos seus próprios limites, indiciam uma mudança de paradigma, na medida em que mediatizam e contribuem para o equilíbrio da relação assistencial. No intento de estabelecer ou reafirmar padrões de conduta profissional que inspirem e guiem a atuação médica²⁴, o Código de Ética Médica prescreve, dentre os princípios fundamentais para o exercício da profissão, que, no processo de tomada de decisões, «o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos», desde que sejam adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas²⁵ e, ao impor uma série de vedações à conduta profissional, no reverso da moeda, gera para o médico as obrigações de «esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença»²⁶; «obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte»²⁷; «garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar»²⁸; e respeitar «o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte»²⁹.

A tomada de decisão nos cuidados de saúde

Quando o paciente deixa de ser considerado apenas um solicitador do auxílio que deve se comportar como um mero espectador enquanto o seu bem estar é heteronamente determinado³⁰, o abandono de uma relação assimétrica marcada pela prevalência do princípio da beneficência impõe ao médico a modificação de sua posição³¹ com vista a assegurar, para além do plano teórico, a participação volitiva do indivíduo sob cuidados nas decisões relativas a sua saúde. Como

²⁴ LIZARRAGA BONELLI, 2001, p.: 365.

²⁵ Capítulo 1, inciso XXI do Código de Ética Médica / Resolução CFM n.º 1931, de 17 de Setembro de 2009.

²⁶ Art. 13 do Código de Ética Médica / Resolução CFM n.º 1931, de 17 de Setembro de 2009.

²⁷ Art. 22 do Código de Ética Médica / Resolução CFM n.º 1931, de 17 de Setembro de 2009.

²⁸ Art. 24 do Código de Ética Médica / Resolução CFM n.º 1931, de 17 de Setembro de 2009.

²⁹ Art. 31 do Código de Ética Médica / Resolução CFM n.º 1931, de 17 de Setembro de 2009.

³⁰ Um exemplo desses tempos é trazido na obra de CALVET DE MAGALHAES: “[N]um opúsculo notável, «A alma do cirurgião», o eminente operador Jena Louis Faure escreve estas corajosas palavras que têm servido de apoio aos defensores do direito de cura: «Eu penso que há até o direito de se operar sempre, até contra a vontade do doente. Penso e tenho-o feito. Nestas conjunturas, a vontade do cirurgião deve prevalecer sobre a vontade do enfermo que, por ignorância, não pode apreciar a gravidade da sua recusa. Basta proceder às claras e em frente de testemunhas. Por duas vezes no hospital fiz adormecer doentes contra a sua vontade, mantidos à força pelos seus vizinhos válidos. Operei-os e salvei-os. Foram mais tarde eles próprios os primeiros a agradecer a minha violência; e se o caso se repetisse, oporia sempre à obstinada recusa, igual constrangimento»” (MAGALHAES, 1945, p.: 65, *ipsis litteris*).

³¹ CANCIO MELIÁ, 2012, p.: 103.

O relevo conferido ao princípio da autonomia honra a vontade do paciente³³, mas, em razão da assimetria muitas vezes existente entre os conhecimentos do profissional de medicina e do paciente, bem pouco ou nada adiantaria conferir a este último o poder de decidir sobre os seus cuidados de saúde sem lhe proporcionar as condições necessárias para que as suas escolhas sejam efetivamente viáveis³⁴. As deliberações individuais não seriam nada mais do que a mera “aquiescência ou rechaço por qualquer razão ou sem razão”³⁵ da intervenção indicada.

A cooperação ativa do profissional de medicina se revela essencial à horizontalização da relação médico-paciente ou, noutras palavras, à igualdade nas relações entre o médico e o paciente³⁶. Na medida em que a tomada de decisões autônomas no âmbito dos cuidados de saúde nem sempre seria possível sem a ajuda de um profissional capacitado, a relevância conferida à vontade do paciente impõe ao médico o dever de lhe proporcionar os esclarecimentos necessários para garantir uma conscienciosa tomada de decisão.

Nesse enquadramento de ideias, os esclarecimentos médicos denotam a sua importância para que o paciente compreenda as implicações envolvidas nas alternativas apresentadas para os cuidados de saúde. Embora a «autoridade teórica» exercida pelo profissional de medicina seja, em regra, insuficiente para por si só legitimar a atuação médica a despeito das deliberações individuais, ela desempenha um papel fundamental para que o paciente consiga representar adequadamente as suas opções e tomar decisões realistas frente à situação em que se encontra.

A consideração da vontade do indivíduo nas decisões afetas à sua saúde requer, então, que os esclarecimentos e as alternativas indicadas sejam levantadas e avaliadas pelo médico em conjunto com o paciente. Independente do indivíduo sob cuidados ser um leigo ou um profissional de saúde sem a formação específica ou o distanciamento necessário para uma

³² Ns. v. Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente (Adotada pela 34^a Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Lisboa, Portugal, setembro/outubro de 1981 e emendada pela 47^a Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Bali, Indonésia, Setembro de 1995), CPDHBio; LBS.

³³ NEUMANN, 2010, p.: 281.

³⁴ Como salientam Tom Beauchamp e James Childress, “[M]uchos actos autónomos no serían posibles sin la cooperación activa de otros que permita que las opciones sean viables” (BEAUCHAMP / CHILDRESS, 2002, p.: 119).

³⁵ LAPORTA SANMIGUEL, 2010, p.: 26 (livre tradução).

³⁶ ALONSO ÁLAMO, 2010, p.: 98.

objetiva avaliação, o respeito devido a esse agente autônomo envolve não só a consideração do “seu direito a ter opiniões próprias, escolher e realizar ações baseadas tanto nos seus valores como em suas crenças pessoais”, mas também a obrigação de lhe “assegurar as condições necessárias para que a sua deliberação seja autônoma”, mitigando “as circunstâncias que possam dificultar ou impedir a autonomia do ato”³⁷.

O fim primordial desse processo informativo consiste em ajudar o paciente a decidir conforme seu próprio sistema de valores³⁸. E, para tanto, a transmissão da informação deve envolver os elementos relevantes para sustentar a tomada de decisão pelo paciente, permitindo-lhe previamente compreender a sua situação, o significado de sua decisão e as consequências envolvidas em suas opções para conscienciosamente estabelecer, a partir de suas próprias concepções pessoais, os limites do que está disposto a suportar.

A indicação médica e a decisão individual

A cooperação ativa do profissional de medicina ajuda a propiciar as condições necessárias para a tomada de decisões autônomas por indivíduos competentes³⁹. Em virtude dos seus conhecimentos práticos e teóricos, o médico detém as condições necessárias para interpretar, estabelecer e expor as medidas que considere mais recomendadas e também para ajudar o paciente a formar “uma clara representação” da intervenção ou tratamento médico⁴⁰ proposto, mas, ao fim, numa relação equilibrada, o seu agir depende, por via de regra, da vontade do paciente.

A prática do ato médico⁴¹ suscita, portanto, um encontro de vontades. Ainda que o profissional de saúde tenha a autoridade teórica sobre a matéria⁴², a decisão final compete ao paciente a quem devem ser facultados os elementos necessários para conhecer e compreender as intervenções indicadas antes de tomar sua decisão⁴³⁻⁴⁴.

³⁷ BEAUCHAMP / CHILDRESS, 2002, p.: 117 e 118 (em livre tradução).

³⁸ CANCIO MELIÁ, 2013, p.: 271 e também em CANCIO MELIÁ, 2012, p.: 68.

³⁹ BEAUCHAMP / CHILDRESS, 2002, p.: 119.

⁴⁰ PIERANGELI, 2001, p.: 202.

⁴¹ Entendido como uma ação profissional que admite diversas técnicas, métodos e finalidades relacionadas ao paciente.

⁴² A autoridade teórica transmite “as diretivas de natureza técnica”, determinando, através da “apelação a conclusões científicas e a convicções bem fundamentadas”, o caminho mais adequado para proceder caso se deseje alcançar um fim determinado, por exemplo, o reestabelecimento da saúde (LAPORTA SANMIGUEL, 2010, p.: 22, em livre tradução).

⁴³ RODRIGUES, 2001, p.: 17.

⁴⁴ Nessa perspectiva, Brody Howard entende que o consentimento do paciente deve ser considerado um ingrediente essencial do bom atendimento ao paciente e um médico que não tem as habilidades para informar os pacientes de forma adequada e obter o consentimento apropriado não possui as habilidades médicas essenciais para a sua prática profissional (HOWARD, 1989, p.: 05).

À realização de um determinado tratamento ou intervenção, não basta somente a decisão profissional, devendo somar-se à indicação médica⁴⁵ uma decisão livre e esclarecida tomada por um indivíduo competente⁴⁶ e, por isto, capaz de se autodeterminar. Como apenas a própria “pessoa pode decidir o que é melhor para si, para a sua saúde e para o seu corpo”⁴⁷, a necessidade de respeitar a vontade do paciente se mantém mesmo quando esta dissinta das recomendações médicas.

Na perspectiva bioética, o interesse do paciente há de ser objetivado de acordo com o ponto de vista deste e as suas decisões e os seus atos devem ser igualmente respeitados⁴⁸. Esse “«modelo do paciente autônomo»”, “ancorado na garantia do exercício da autonomia da vontade”, “que determina que cada pessoa tenha a possibilidade de tomar decisões relativas à eleição de um projeto de vida próprio, de base autorreferencial”,⁴⁹ destaca a importância da informação para a tomada de decisões⁵⁰ sobretudo quando, na situação vivida pelo paciente, está em causa algum conflito de opiniões entre os sujeitos dessa relação.

O dever médico de “facultar ao paciente os elementos imprescindíveis para que conheça e compreenda, no essencial, os dados do problema e possa, assim, exercer, conscienciosamente, o seu poder de decisão”⁵¹, confere ao paciente a possibilidade de anuir com a proposta médica mas também de seguir um caminho diverso do sinalizado pelo profissional de saúde. Nas palavras de Criado del Rio:

(...) el paciente tiene derecho a decidir libremente sobre su persona, sobre su salud y emitir el consentimiento informado sobre todas las actuaciones médicas que se le vayan a practicar, bien a favor o en contra, lo que le permite hacer uso de su derecho a poder tomar decisiones por sus propias convicciones, creencias, principios o escala de valores; y el médico tiene el deber de respetar la libre decisión del paciente ante toda intervención relacionada con la salud y no realizar actuaciones en contra de la voluntad del individuo y respetar las convicciones o creencias personales, filosóficas, morales, religiosas o políticas del paciente, y no imponer las propias, por el deber al respeto y a la dignidad de la persona; salvo que exista una causa expresamente recogida en la Ley (situaciones de urgencia, incapacidad para emitir el consentimiento y riesgo

⁴⁵ A indicação denota “um carácter eminentemente objetivo” uma vez que “se materializa em função dos conhecimentos atuais da ciência médica” (ROMEO CASABONA, 2011, pág.: 180, em livre tradução) – do estado de seus conhecimentos e possibilidades (GÓMEZ PAVÓN, 2013, pág.: 83). Ela apresenta os tratamentos aceitos e reconhecidos por seu valor terapêutico e, particularmente no que tange ao processo diagnóstico, as técnicas exploratórias aplicáveis e “exigidas pela enfermidade ou mal que se queira descobrir” (ROMEO CASABONA, 2011, pág.: 180, 181 e 186, em livre tradução).

⁴⁶ BEAUCHAMP / CHILDRESS, 2002, p.: 119.

⁴⁷ PEREIRA, 2015, p. 422.

⁴⁸ BARBOSA, 2004, p.: 09.

⁴⁹ S. AIZENBERG / J. ROITMAN, 2011, p.: 664-665 (em livre tradução).

⁵⁰ S. AIZENBERG / J. ROITMAN, 2011, p.: 669.

⁵¹ RODRIGUES, 2001, p.: 17.

*para la salud pública) o que se atente contra sus propias creencias o convicciones científicas o éticas, ya que él posee en calidad de persona los mismos derechos que el paciente (...)*⁵²

Obviamente, nem sempre o bem buscado pelo médico coincide com a noção pessoal do paciente. E, na medida em que a vontade livre e informada possibilita o exercício do direito à autodeterminação de um indivíduo capaz⁵³, desde que presentes esses pressupostos, o reconhecimento do princípio da autonomia impõe ao profissional de saúde o dever de respeitar o direito de cada paciente decidir sobre os assuntos de sua vida e de sua saúde⁵⁴, o que engloba tanto o consentimento como a recusa livre e esclarecida das intervenções e tratamentos que lhe são medicamente recomendados.

O consentimento informado e a autodeterminação individual

Nos cuidados de saúde, a estreita ligação entre a informação e o consentimento tem suas raízes na jurisprudência americana. O termo consentimento informado deriva de uma tradução da expressão *informed consent*, cuja origem é atribuída ao caso *Salgo x Leland Stanford Junior University Board of Trustees*⁵⁵, julgado na Califórnia, em de 1957⁵⁶. Nessa decisão, o Tribunal analisou, dentre outros aspectos respeitantes à negligência médica, a responsabilidade dos médicos envolvidos na assistência de um paciente, cujos membros inferiores ficaram paralisados após ter sido submetido a exames de raio x e aortografia com o emprego de contraste⁵⁷ sem que os profissionais encarregados dos cuidados tenham lhe informado sobre os detalhes e os riscos envolvidos na realização desse último procedimento diagnóstico⁵⁸. Em breves linhas, uma vez que, os próprios médicos responsáveis pelos cuidados admitiram que os detalhes e os riscos da aortografia não foram explicados ao paciente, o entendimento judicial expresso na sentença pontificou que o médico viola o seu dever para com seu paciente e se sujeita à responsabilidade quando ele retém quaisquer fatos que sejam necessários para formar a base de um consentimento inteligente por parte do paciente, não cabendo a ele “minimizar os perigos conhecidos” de uma intervenção “a fim de induzir o consentimento de seu paciente”, mas sim proporcionar “a divulgação completa dos fatos necessários para um consentimento informado”⁵⁹.

⁵² CRIADO DEL RIO, 2001, pág.: 98.

⁵³ Esta confere ao paciente o direito a “não ter uma vontade extrínseca imposta sobre si, lhe permite determinar-se de acordo com a própria vontade” (COSTA, 2007, p.: 119).

⁵⁴ LAPORTA SANMIGUEL, 2010, p.: 23.

⁵⁵ COLOMBO, 2009, pág.: 21 e TENENBAUM, 2012, p.: 705.

⁵⁶ 154 Cal.App.2d 560.

⁵⁷ 154 Cal.App.2d 560, p.: 04.

⁵⁸ Nesse caso, 154 Cal.App.2d 560, p.: 09.

⁵⁹ 154 Cal.App.2d 560, p.: 09, em livre tradução.

Nesse julgado, o médico informou à paciente que o procedimento diagnóstico necessário não poderia ser feito sem sedação. Ela consentiu com a realização do mesmo e informou, não só aos enfermeiros mas também ao médico que a sedou, que a sua presença se devia apenas à realização do teste e que não queria a realização nenhuma operação para a remoção da massa investigada⁶⁵. Apesar desses esforços, o médico fez exatamente o contrário. O cirurgião procedeu à remoção do tumor encontrado sem o consentimento e o conhecimento da paciente enquanto a mesma estava inconsciente e, para completar o quadro, posteriormente, já no pós-operatório, em decorrência da operação a paciente desenvolveu um quadro de gangrena em seu braço esquerdo que levou à amputação de alguns dedos de sua mão⁶⁶.

⁶⁶ *“Following the operation, and, according to the testimony of her witnesses, because of it, gangrene developed in her left arm; some of her fingers had to be amputated; and her sufferings were intense.”* (211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914), p.: 03).

Em *Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*, a decisão reconhece que a inobservância da vontade da paciente produz um dano à autodeterminação individual⁶⁷. De acordo com o entendimento naquela manifestado, a intervenção sem o consentimento do paciente não mais vulnera apenas o direito à integridade física – como anteriormente entendido nos seus precedentes⁶⁸ – mas lesa o direito à autodeterminação – independente de qualquer dano físico⁶⁹.

A Informação Prévia à Intervenção Médica e o Sistema Normativo Brasileiro

No ordenamento pátrio, por mais que seja efetivamente possível encontrar algumas referências esparsas – anteriormente citadas – sobre o tema do consentimento do paciente na legislação especial, a ausência de uma norma específica para tratar apropriadamente a matéria no contexto da prática clínica inspira a busca por alternativas aptas a consolidar a aplicação do consentimento informado. Esse intuito leva a jurisprudência a buscar a fundamentação legal do direito à informação prévia aos cuidados de saúde na aplicação do art. 6.º, III do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) – o qual dispõe que são “direitos básicos do consumidor” (*caput*) “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (inciso III) – interpretado em conjunto com o

⁶⁷ “*In the case at hand, the wrong complained of is not merely negligence. It is trespass. Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent, commits an assault, for which he is liable in damages.*” (211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914), p.: 03).

⁶⁸ Em especial, *Pratt v. Davis*, 224 Ill. 300 e *Mohr v. Williams*, 95 Minn. 261, os quais foram expressamente mencionados em *Schloendorff v. The Society of the New York Hospital* (211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914), p.: 03). Em *Pratt v. Davis*, a paciente teve seu útero e ovários retirados sem o seu consentimento, após ter sido comunicada apenas que se tratava de intervenção leve (JOOST, 1967, p.: 120). O médico, em sua defesa, argumentou que, de acordo com a sua própria concepção, ela não era mentalmente competente para dar o seu consentimento e que, portanto, o consentimento havia sido obtido a partir de seu marido (JOOST, 1967, p.: 120). Diante disto, o tribunal considerou que a falta de capacidade mental do paciente para consentir não pode se basear apenas no fato do médico achar a condição mental da paciente insuficiente para informá-la e, portanto, qualquer consentimento dado pelo marido não nega responsabilidade daquele (JOOST, 1967, p.: 120).

No caso *Mohr v. Williams*, a paciente consentiu com uma operação em sua orelha direita, mas o médico durante a intervenção decidiu que era a esquerda que necessitava da intervenção (BEAUCHAMP / CHILDRESS, 2002, p.: 136), intervindo sem que houvesse uma situação de urgência que impedisse a futura realização dessa intervenção com o consentimento da paciente (POWELL, 1961, p.:200). Após traçados os aspectos gerais de *Mohr v. Williams* e *Pratt v. Davis*, importa ressaltar que em ambos seria possível ao médico, antes da intervenção ou, com o cancelamento da intervenção, noutra oportunidade, informar ao indivíduo sob cuidados e dar-lhe a oportunidade de decidir sobre a intervenção.

⁶⁹ 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914), p.: 03.

art. 34 do Código Ética Médica/Resolução CFM n.º 1931, de 17 de Setembro de 2009 ⁷⁰⁻⁷¹⁻⁷².

A aplicação da norma consumerista parte da caracterização da relação de consumo existente entre o médico e o paciente e, consequentemente, da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos aspectos dela emergentes. A partir da definição de consumidor como «*toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*» (art. 2.º da Lei 8.078/90, grifo ora apostro) e de fornecedor como «*toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços*» (art. 3.º da Lei 8.078/90, grifo ora apostro) – entendida como «*qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de carácter trabalhista*» (art. 3.º, § 2.º da Lei 8.078/90, grifo ora apostro) –; as expressões em destaque ajudam a ilustrar que o paciente exerce o papel de consumidor e o médico o de fornecedor do seu serviço – que pode englobar, por exemplo, a consulta, o acompanhamento clínico e uma série de intervenções realizadas em razão da assistência.

162

70 STJ, REsp 1180815 / MG, 3ª Turma, Rel. Min^a. Nancy Andriighi, DJe de 26/08/2010 e, no mesmo sentido, o entendimento manifesto no REsp 467.878/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 10/2/2003 do mesmo Tribunal e também adotado na Justiça Estadual, como se nota, por exemplo, nas Apelações Cíveis: n.º 70048922017, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 12/12/2012; n.º 70042067538, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 25/05/2011; n.º 70042520502, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 27/06/2012; n.º 70043775782, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 29/09/2011; n.º 70047562269, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 27/06/2012; n.º 70047424775, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 28/11/2012, n.º 70042026286, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 19/10/2011; 70046322400, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 29/02/2012.

⁷¹ Vale observar que, como anteriormente afirmado, a «preservação da autonomia da pessoa na defesa de sua integridade física e moral» e «o direito à informação às pessoas assistidas» são expressa e respectivamente previstos no art. 7.º, incisos III e V da Lei 8.080/90 que «[D]ispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências».

⁷² “É vedado ao médico: Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação ao seu representante legal.”

consumidor, nos termos do art. 3.º, III, sobre «os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem» – abordando, conforme o art. 8.º da norma consumerista, as questões «necessárias e adequadas a seu respeito» e expondo, em função do art. 9.º, «de maneira ostensiva e adequada», «a nocividade ou periculosidade» do serviço. O último recurso ao art. 6.º, III do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) ajuda a aproximar o desenvolvimento legislativo pátrio ao discurso doutrinário e ao panorama internacional, uma vez que deixa claro que o consumidor / paciente tem o direito à «informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem».

Embora não exista uma vinculação legal expressamente estabelecida entre o consentimento do paciente para o desempenho da atuação médica na prática clínica e o seu direito à correspondente informação, a fundamentação do consentimento do paciente pode se dar através da conjugação do art. 7.º, *caput* e incisos III e V da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, com o art. 22 e 24 do Código de Ética Médica/Resolução CFM n.º 1931, de 17 de Setembro de 2009. Nessa associação normativa, a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que “[D]ispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes”, estabelece, como princípio (art. 7.º *caput*), “a preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral” (art. 7.º, III) e “o direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde” (art. 7.º, V)⁷³; já, a orientação encontrada na redação peculiar do Código de Ética Médica / Resolução CFM n.º 1931, de 17 de Setembro de 2009, ajuda o intérprete a ajustar enquadramento legal ao vedar ao médico: “[D]eixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado” (art. 22) e “[D]eixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo” (art. 24)⁷⁴.

A dinâmica legal operada tem o mérito de suprir as carências normativas. Porém, chamar de consentimento informado ou esclarecido o direito à informação ou querer assemelhar a articulação legal a um instituto orientado à salvaguarda da autodeterminação individual sublima a realidade. O problema não está na redação das normas, nem na interpretação conjunta dos dois dispositivos, mas sim na incapacidade dessa articulação proteger um bem tão relevante como a autodeterminação individual. Apesar da norma consumerista garantir o direito à informação, sobretudo quando as escolhas do paciente diverjam da opção de médica, o silêncio do art. 15. do Código Civil sobre as intervenções médicas em que não haja «risco de vida» e a incapacidade das disposições deontológicas anteriormente mencionadas para dissuadir

⁷³ Texto legal expressamente citado.

⁷⁴ Redação normativa expressamente citada.

(...) In listening to people talk about informed consent, I have been struck again and again by their childlike conviction that the phrase has meaning, that it does not require painstaking definition before one can even begin to discuss it. This propensity to suspend reality-testing recalls dreams of our own when everything, however impenetrable or absurd, appeared so remarkably sensible, at least until we are fully awake. Dreams, fairy tales, even legal phrases and medical terminology have much in common; they seduce us to surrender our adult critical judgment. We remain all too prone to such surrenders so that, as fairy tales again instruct us, we can go to great lengths in denying that the emperor has no clothes. (...) ⁷⁶

164

pós mais de 60 anos do caso Salgo e depois da intensa evolução legislativa e doutrinária no plano internacional, ainda não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer norma que trate especificamente do consentimento livre e

⁷⁶ KATZ, 1977, pág.: 137-138.

⁷⁷ FABRIS, 2000, pág.: 100 (livre tradução).

⁷⁸ Numa direção aproximada, Eduardo Dantas sinaliza que “as normativas legais relacionadas ao consentimento, especialmente na área da saúde, precisam ser repensadas” (DANTAS, 2009, pág.: 101).

esclarecido do paciente no contexto da prática clínica. Não se põe em causa que o exercício interpretativo e integrativo das normas gerais que tratam indiretamente o assunto confirmam fundamentação legal ao direito à informação e que, de fato, o art. 15 do Código Civil tenha contribuído para afastar a ideia de coisificação do paciente, mas, ao atribuir a estas o significado e alcance que o termo consentimento informado ou, mas propriamente, o consentimento livre e esclarecido invoca, em última análise, reduz os problemas emergentes da relação médico-paciente a uma encantadora e ilusória simplicidade.

O valor da autodeterminação individual e a necessidade de garantir a liberdade do paciente impõem um esforço maior não só para proteger o indivíduo de uma arbitrária intervenção como também para lhe garantir possibilidade de participar do processo decisório e discutir as soluções e alternativas viáveis para a sua situação. Ainda que a lei não seja feita de palavras mágicas que, ao modo dos contos de fadas, transformem “*frog-patients*” em “*autonomous princes*”⁷⁹, o rompimento do silêncio ou o abandono de meias-palavras ajuda a garantir a segurança jurídica, definindo as regras do jogo e, assim, diminuindo as margens para o subjetivismo criativo do aplicador do direito.

Referências bibliográficas

- ALONSO ALÁMO, Mercedes. *El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales*, In: MENDOZA BUERGO, Blanca. *Autonomía Personal y Decisiones Médicas, Cuestiones éticas y jurídicas*. Pamplona: Civitas Thomson Reuters, 2010.
- BARBOSA, Heloísa Helena. Autonomia da Vontade e a Relação Médico-Paciente no Brasil, *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, Ano 1, n.º 2, p. 5 - 14, 2004.
- BEAUCHAMP, Tom L. / CHILDRESS, F. James. *Principios de ética biomédica*. Reimpresión. Barcelona: MASSON S.A., 2002.
- BILANCETTI, Mauro. *La responsabilità Penale e Civile del Medico*. Quarta Edizione. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2001.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía. Algunas reflexiones desde la perspectiva española, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 96, p. , 53-72, 2012.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía*, In: COSTA, José de Faria, URS, Kindhäuser. *O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- COLOMBO, Cristina. Il consenso informato: quale spazio per il testamento biologico e l'amministrazione di sostegno?, *Rivista penale, rivista mensile di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, Piacenza, Gennaio, n.º 1, p. 21-30, 2009.
- COSTA, Breno Rego Pinto Rodrigues. *Autonomia, Saúde e Constituição – Um olhar sobre os internamentos obrigatórios de portadores de doenças infecciosas no ordenamento constitucional brasileiro e português*. Coimbra: Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra, 2007. Originalmente apresentado como tese de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito de Coimbra da Universidade de Coimbra – Portugal.
- CRIADO DEL RIO, María Teresa. Visión Médico Legal del Secreto Profesional Médico y del Consentimiento Informado: su aplicación en la función médico pericial, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Coimbra, ano X, n.º 11, p. 77-127, 2001.

⁷⁹ KATZ, 1977, pág.: 137.

- DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.
- FABRIS, Elisabetta Pallermo. *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2000.
- FRAGA MANDIÁN, Antonio Fraga, LAMAS MEILÁN, Manuel María. *El Consentimiento Informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)*. Pontevedra: Revista Xurídica Galega, 1999.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. 3.^a Edición. Barcelona: Bosch, 2013.
- HOWARD, Brody Source. Transparency: Informed Consent in Primary Care, The Hastings Center Report, New York, vol. 19, n.º 5 (Sep. – Oct), p. 5-9, 1989.
- JOAQUIM, Teresa. *Documento de Trabalho 26/CNEVC/99, Reflexão Ética sobre a Dignidade Humana, Documentação Vol. VI (1999) do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, 2000.
- JOOST, William J.. *Consent, Chicago-Kent Law Review*, Chicago, n.º 44, p. 116-125, 1967.
- KATZ, Jay. Informed Consent – A Fairy Tale?, *University of Pittsburg Law Review*, Pittsburg, vol. 2, n.º 2, winter, p. 137-174, 1977.
- KING, Jaime Staples. MOULTON, Benjamin. Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making, *American Journal of Law, Medicine & Ethics*, Boston, vol. 32, n.º 4, p. 429-501, 2006.
- LAPORTA SANMIGUEL, Francisco Javier. *Algunas incógnitas del principio de autonomía personal en tratamientos médicos*. In: MENDOZA BUERGO, Blanca. *Autonomía Personal y Decisiones Médicas, Cuestiones éticas y jurídicas*. Pamplona: Civitas Thomson Reuters, 2010.
- LIZARRAGA BONELLI, Emilio. *El médico ante los colegios profesionales. Deontología médica*, In: MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, LORENZO Y MONTERO, Ricardo de. *Derecho Médico Tratado de Derecho Sanitario - Tomo I Doctrina. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Colex, 2001.
- LOUREIRO, João Carlos. Adeus a Delfos? Saber, não saber a medicina preditiva, *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 8, n.º 15, p. 5-27, 2011.
- MAGALHÃES, José Calvet de. *A responsabilidade Penal do Médico. Em caso de morte do doente, Coleção Studivm*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1945.
- MELO, Helena Pereira de. Os direitos da pessoa doente, *Sub Judice Justiça e Sociedade*, Lisboa, n.º 38, Jan-Mar p. 63-75, 2007.
- MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I – Introdução, Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- NEUMANN, Ulfried. *Problemas Actuales de la Eutanasia en Derecho Penal Alemán*. In: MENDOZA BUERGO, Blanca. *Autonomía Personal y Decisiones Médicas, Cuestiones éticas y jurídicas*. Pamplona: Civitas Thomson Reuters, 2010.
- NEVES, M. Patrão. Repensar a Ética Hipocrática, *Cadernos de Bioética*, Coimbra, ano XI, n.º. 26, Agosto, p. 5-20, 2001.
- OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. O Fim da «Arte Silenciosa» (O dever de informação dos médicos), *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, 128.º, n.º 3853, p. 101-104, 1995.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra: Coimbra Editora: 2015.
- PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3.^a edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- POWELL, Robert E.; Consent to operative procedures, *Maryland Law Review*, Maryland, vol. XXI, n.º 3, p. 189-218, 1961.

RAPOSO, Mário. *Palavras de Abertura ditas pelo Presidente do Conselho Nacional de Ética para Ciências da Vida na Sessão Inaugural do I Seminário sobre Bioética – Consentimento Informado e Responsabilidade Médica (30 de março de 1992)*. In: DVAA. *O Consentimento Informado – Actas do I Seminário Promovido pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros – Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1992.

RETUERTO BUADES, Margarita, SISO MARTÍN, Juan. *La Salud, el Sistema Sanitario Público. Su Protagonista, El Usuario. Derecho y Deberes del Usuario de la Sanidad*. In: MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, LORENZO Y MONTERO, Ricardo de. *Derecho Médico Tratado de Derecho Sanitario – Tomo I Doctrina. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Colex, 2001.

RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *El Médico y el derecho penal. TomoI, 1*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.

S. AIZENBERG, Marisa, J. ROITMAN, Adriel. *El derecho de la salud en Argentina: Transitando el pasaje del modelo médico hegemónico al modelo del paciente autónomo. El reconocimiento de los derechos de los pacientes a través de la Ley núm. 26.529*. In: TOMILLO URBINA, Jorge, CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. *Estudios sobre Derecho de la Salud Selección de intervenciones en el III Encuentro Interautonómico sobre protección jurídica del paciente como consumidor*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters, 2011.

TARODO SORIA, Salvador. La doctrina del Consentimiento Informado en el ordenamiento jurídico norteamericano, *Derecho y Salud*, Valencia, vol. 14, n.º 1, Enero – Junio, p. 127-148, 2006.

TENENBAUM, M. Evelyn. Revitalizing Informed consent and protecting patient autonomy: an appeal to abandon objective causation, Symposium: Oklahoma's 21st Century Water Challenges, *Oklahoma Law Review*, Oklahoma, vol. 64, n.º 4, summer 2012, p. 697-758, 2012.

